

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La loi applicable au droit d'auteur :

Cruquenaire, Alexandre

Published in:
Auteurs et Média

Publication date:
2000

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cruquenaire, A 2000, 'La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives', *Auteurs et Média*, Numéro 3, p. 210-227.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives ^(*)

Le développement de nouveaux moyens de communication a considérablement accru le volume des échanges internationaux, ce qui a notamment eu pour effet de remettre au goût du jour les questions de droit international privé longtemps négligées.

Il n'en a pas été autrement en matière de droit d'auteur. En effet, dans la mesure où Internet facilite considérablement l'exploitation à grande échelle des œuvres de l'esprit, il était naturel que l'on s'interroge sur les implications légales de pareille exploitation. C'est donc dans ce contexte particulier qu'a resurgi la question de la détermination de la loi applicable au droit d'auteur.

Mais pour répondre à cette importante question, il convient de franchir de nombreux écueils. Ainsi, un premier problème réside dans l'interprétation des règles conventionnelles de droit international privé dont le libellé n'est pas très clair. Nous nous attacherons donc dans un premier temps à identifier les principales règles conventionnelles de droit international privé applicables en la matière (I.). Nous analyserons ensuite, dans le corps de notre texte (II.), les différentes thèses soutenues quant à l'interprétation de ces règles. Compte tenu du fait que les thèses majoritaires posent d'importantes difficultés pratiques dans le cadre d'une exploitation largement internationale des œuvres de l'esprit, des solutions alternatives ont été avancées. A ce sujet, nous ferons notamment le point sur les nombreuses réflexions suscitées par l'exploitation des œuvres via Internet, qui permettent de dégager certaines pistes en vue d'une éventuelle réforme des règles existantes. Compte tenu du caractère sensible de la matière du droit d'auteur, il convient enfin de ne pas négliger la problématique de l'ordre public international qui permet, le cas échéant, d'écarter la loi désignée par la règle de conflit de lois (III.).

I. Sources des règles de conflit de lois

En matière de droit d'auteur, les règles de conflit de lois sont principalement édictées au niveau du droit international conventionnel. La Convention de Berne¹, ratifiée à ce jour par 142 Etats, constitue à cet égard la référence. La Convention universelle sur le droit d'auteur contient également des règles de conflit de lois², mais depuis l'adhésion des Etats-Unis à l'Union de Berne (en 1989), cet instrument conventionnel a perdu beaucoup de son intérêt pratique et a dès lors été quelque peu éclipsé au profit de la Convention de Berne. De

^(*) L'auteur tient à remercier Séverine Dusollier et Jean-Marc Dinant (chercheurs au CRID) pour leur disponibilité et leurs précieux conseils.

¹ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (pour la dernière version du texte et l'état des ratifications, consulter le site web de l'OMPI : <http://www.wipo.org>).

² Cet instrument conventionnel déduit l'application de la loi locale du principe d'assimilation consacré en son article II (sur la confusion entre les règles de condition des étrangers et de conflit de lois, cf. *infra* à propos de la territorialité). En ce qui concerne la Convention universelle d'une manière générale, lire J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 297.

surcroît, l'Organisation Mondiale du Commerce a clairement pris parti pour une protection internationale du droit d'auteur selon les standards de la Convention de Berne (version de 1971)³. Nous ne nous attarderons dès lors pas sur les règles de conflit de lois de la Convention universelle sur le droit d'auteur.

Le système de conflit de lois de la Convention de Berne repose essentiellement sur la disposition de l'article 5.2., qui énonce que « (...) *l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée* ». Le principe est donc le renvoi à la loi du pays de protection (*lex loci protectionis*), mais la Convention de Berne envisage cependant certaines hypothèses de compétence concurrente de loi du pays d'origine (*lex loci originis*). Ainsi, en matière d'œuvres des arts appliqués (conditions de cumul des protections au titre du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles)⁴, en matière de droit de suite⁵ et en matière de durée de protection (mécanisme de comparaison des délais)⁶.

La législation belge ne comporte quant à elle pas de règle de conflit de lois propre au droit d'auteur. La situation pourrait toutefois changer prochainement dans la mesure où un avant-projet de loi portant code de droit international privé a été rédigé par le gouvernement et est actuellement à l'examen au Conseil d'Etat. En matière de propriété intellectuelle, l'avant-projet retient la compétence de la loi du pays pour lequel la protection est demandée. Il dispose en effet que « *les droits de propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour le territoire duquel la protection de la propriété est demandée* »⁷. En ce qui concerne le droit d'auteur plus précisément, la compétence de la *lex loci protectionis* serait générale dans la mesure où l'avant-projet renvoie partiellement à la loi du pays d'origine pour les seuls droits de propriété industrielle. L'article 92, §2 de l'avant-projet de loi énonce en effet que « *toutefois, la détermination du titulaire originaire d'un droit de propriété industrielle est régie par le droit de l'Etat avec lequel l'activité intellectuelle présente les liens les plus étroits* » (nous soulignons). Cette formulation très large viserait à consacrer le principe du renvoi à la loi d'origine⁸. Les rédacteurs du texte ont entendu écarter l'application de la loi du pays d'origine en ce qui concerne le droit d'auteur, car, selon eux, « *la nature des dispositions législatives récentes, à savoir la loi du 30 juin 1994, justifie le maintien du principe de territorialité* »⁹. Cette justification pour le moins ambiguë indique-t-elle que la loi sur le droit d'auteur devrait être considérée comme une loi de police ?¹⁰

³ A cet égard, lire l'accord ADPIC (article 9 notamment). Le texte de l'accord est disponible sur le site web de l'OMC, à l'adresse suivante : <http://www.wto.org/french/intellef/intellef.htm>. La Convention de Berne en sa version de 1971 a (enfin) été ratifiée par la Belgique par une loi du 25 mars 1999 (M.B., 10 novembre 1999).

⁴ Article 2.7 de la Convention de Berne.

⁵ Article 14ter de la Convention de Berne.

⁶ Article 7 de la Convention de Berne (cf. également l'article IV de la Convention universelle sur le droit d'auteur).

⁷ Avant-projet de loi portant code de droit international privé, Article 92, §1. Il est intéressant d'observer que le texte reprend l'expression « *pour le territoire duquel la protection est demandée* », ce qui consacre l'interprétation dominante de l'article 5.2. de la Convention de Berne (cf. *infra*). Dans le même sens, cf. l'article 110 de la loi fédérale suisse du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.

⁸ Avant-projet de loi portant code de droit international privé, Exposé des motifs, p. 54

II. Détermination de la loi applicable au droit d'auteur

La principale difficulté affectant le conflit de lois en matière de droit d'auteur réside dans le caractère peu clair des dispositions conventionnelles contenant les règles de résolution dudit conflit de lois. Différentes interprétations sont soutenues, et principalement celle de l'application exclusive de la *lex loci protectionis* et celle de l'application cumulative de cette loi et de la *lex loci originis*. Nous examinerons les arguments en faveur de l'une et l'autre de ces deux thèses (2-4), mais il convient préalablement de réfuter une troisième thèse, souvent évoquée, reposant sur un territorialisme strict (1.).

Le rôle de la loi du contrat fera l'objet d'un examen particulier (5.). Enfin, les différentes réflexions initiées par rapport à l'incidence d'Internet sur le mécanisme de résolution des conflits de lois permettent d'envisager différentes voies dans le cadre d'une réforme plus globale des règles concernées (6.).

A. Le principe de territorialité

Lorsque l'on aborde la protection internationale du droit d'auteur, il est souvent question d'application automatique de la loi locale (*lex fori*). On évoque ainsi le principe dit de territorialité des lois sur le droit d'auteur : le juge saisi d'un litige ne pourrait appliquer que sa loi nationale. Cette approche, qui peut être assimilée à « *une manière commode de refuser le conflit de lois tout en prétendant le résoudre au profit de la loi du juge saisi* »¹¹, repose en fait sur une interprétation erronée et une confusion¹².

Interprétation erronée de l'article 5.2 de la Convention de Berne tout d'abord. Si cette disposition renvoie à la loi du pays où la protection est demandée, il ne faut pas y voir une référence automatique à la *lex fori*. En effet, l'expression « loi du pays où la protection est réclamée » doit s'entendre comme la loi du pays pour lequel la protection est réclamée¹³. Il en résulte que l'utilisation de cette règle de conflit de lois n'emporte pas nécessairement l'application de la loi locale (*lex fori*), même si cela sera le plus souvent le cas.

⁹ Avant-projet de loi portant code de droit international privé, Exposé des motifs, p. 54. Cf. *infra* sur le rejet d'une certaine conception de la territorialité.

¹⁰ Cf. *infra*, point III, sur la portée de cette notion.

¹¹ A et H.-J LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994, p. 784.

¹² Lire à ce propos J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, Rapport remis au Ministère de la Culture et de la Communication, septembre 1999, pp. 71 à 74.

¹³ A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 1997, n. 510 ; A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, Exposé à l'OMPI, 16-18 décembre 1998, pp. 4 et 5 (texte disponible sur le site Internet de l'OMPI, cf. *supra*, note 1) ; F. DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, Lausanne, CEDIDAC, 1999, p. 639.

Le mirage de l'application strictement territoriale des lois sur le droit d'auteur résulte parfois d'une confusion entre conflit de lois et condition des étrangers. La Convention de Berne consacre, en son article 5.1, le principe essentiel de l'assimilation des auteurs étrangers aux auteurs nationaux : « *Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les oeuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'oeuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention* ». La tentation est grande de tirer de cette règle – ambiguë – propre à la condition des étrangers une conséquence (erronée) en termes de conflit de lois, à savoir : l'application nécessaire de la loi locale. Or, celle-ci s'appliquera seulement si le critère de rattachement défini par la règle de conflit de lois y renvoie.

Le principe de territorialité a cependant très largement influencé les règles de conflit de lois en matière de droit d'auteur¹⁴. Ainsi, le renvoi à la *lex loci protectionis* consacré par la Convention de Berne aboutit à une superposition de protections nationales, qui traduit bien en termes de conflit de lois l'idée d'indépendance étatique des systèmes de protection¹⁵. Il convient cependant d'éviter tout glissement vers un territorialisme strict.

B. La compétence de principe de la loi du pays de protection

L'article 5.2 de la Convention de Berne dispose que la loi du pays où la protection est demandée règle « (...) *l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits* (...) ».

On peut tout d'abord s'interroger sur le sens de cette règle de conflit de lois. Une doctrine largement majoritaire interprète les termes de l'article 5.2 comme une référence à la loi du pays pour lequel la protection est demandée. Comme nous l'avons vu au point précédent, il n'y a donc pas de correspondance nécessaire avec la *lex fori*¹⁶. On assimile le plus souvent cette règle à la loi du lieu de survenance du fait dommageable (*lex loci delicti*)¹⁷. Cette dernière interprétation est toutefois quelque peu réductrice car elle semble confiner le

¹⁴ Lire à ce propos F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 550 et suivantes.

¹⁵ Chaque Etat définit des règles de protection ayant vocation à s'appliquer aux actes d'exploitation localisés sur son territoire.

¹⁶ *Contra*, cf. J. GINSBURG, « Putting cars on the Information Superhighway », in B. HUGENHOLTZ (éd.), *The future of copyright in a digital environment*, Kluwer law international, 1996, p. 218, note 128. A propos de la position de la jurisprudence américaine en faveur du renvoi à la *lex fori*, lire J. GINSBURG, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques*, Exposé à l'OMPI, 16-18 décembre 1998, pp. 37 à 41 (texte disponible sur le site Internet de l'OMPI, cf. *supra*, note 1).

¹⁷ En ce sens, lire A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, p. 332 (et les références citées en note 59). Cf. également P. SCHONNING, « Internet and the applicable copyright law : a scandinavian perspective », *EIPR*, 1999, p. 48.

droit d'auteur à un usage négatif (résultant d'une atteinte au droit) et ignorer l'usage positif de ce droit (exploitation autorisée par son titulaire)¹⁸.

Le libellé de l'article 5.2 présente en outre une certaine ambiguïté. Si le texte paraît conférer une portée générale à la règle désignant la loi du pays où la protection est réclamée¹⁹, le fait qu'il se présente sous la forme d'une énumération (« *l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis* ») dont le caractère exhaustif pourrait être contesté²⁰ crée une incertitude. Un courant doctrinal et jurisprudentiel important se prononce en faveur d'une application générale de la loi du pays de protection²¹, mais une interprétation différente est parfois soutenue. La disposition paraît certes embrasser l'ensemble de la matière en envisageant l'étendue de la protection et les moyens de recours, mais l'absence, dans la Convention de Berne, de définition du concept de « l'auteur » a amené une controverse sur l'aptitude de l'outil conventionnel à déterminer la loi applicable pour résoudre la question de la titularité initiale du droit d'auteur²². Il est donc parfois fait référence aux règles nationales de droit international privé dont certaines renvoient à la loi du pays d'origine. On peut toutefois s'interroger sur la validité des conséquences ainsi tirées en termes de conflit de lois à partir d'une lacune du droit matériel conventionnel.

Selon nous, la Convention de Berne confère toutefois à la loi du pays de protection une compétence de principe, la compétence de la loi du pays d'origine n'étant envisagée que dans des hypothèses particulières bien délimitées (cf. *supra*).

C. Le rôle de la loi du pays d'origine

Comme nous l'avons exposé, si le recours à la loi d'origine n'est envisagé que dans des hypothèses déterminées par des règles spéciales²³, la Convention de Berne ne définit cependant pas des notions telles que l'originalité ou l'auteur²⁴, qui sont pourtant essentielles à

¹⁸ J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, op. cit., n. 63.

¹⁹ Cf. notamment J.-S. BERGE, observations sous CA Paris, 19 septembre 1994, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1996, p. 93. *Contra*, J. GINSBURG, note sous CA Paris, 14 mars 1991, *J.C.P.*, 1992, II, n. 21780, p. 4.

²⁰ Certains auteurs estiment ainsi que cette règle n'a qu'une portée limitée. Lire en ce sens M. JOSSELIN – GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique, Etude de droit comparé et de droit international privé*, Paris, GLN Joly Editions, 1995, p.254.

²¹ A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, op. cit., n. 45. Lire également A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, op. cit., n. 511.

²² J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, op. cit., n. 34.

²³ J.-S. BERGE, observations sous CA Paris, 19 septembre 1994, op. cit., p. 98.

²⁴ Lire cependant l'opinion de J.A.L. STERLING, qui estime que nonobstant l'absence de définition du terme « auteur » dans la Convention de Berne, il est généralement admis que l'auteur, au sens de la dite Convention,

la mise en œuvre des règles matérielles qu'elle contient. Cette situation embarrasse certains juges, qui, comme nous l'avons évoqué au point précédent, s'en réfèrent alors à la loi du pays d'origine pour déterminer, entre autres, la titularité initiale des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit²⁵. Ainsi, depuis l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire *Le Chant du Monde*²⁶, une partie importante de la jurisprudence française considère que le droit d'auteur doit être partiellement régi par la loi du pays d'origine²⁷. La maigre jurisprudence belge publiée semble suivre cette tendance²⁸, de même qu'une partie de la jurisprudence néerlandaise²⁹.

La détermination du pays d'origine d'une œuvre varie selon que celle-ci a été ou non publiée. Selon la Convention de Berne³⁰, le pays d'origine est soit le pays de première publication soit le pays dont l'auteur est ressortissant³¹. Se pose alors la question de la définition du concept de publication. La Convention de Berne³² en retient une acception restrictive, que l'on pourrait qualifier d'éditoriale : « *Par "oeuvres publiées", il faut entendre les œuvres éditées avec le consentement de leurs auteurs, quel que soit le mode de fabrication des exemplaires, pourvu que la mise à disposition de ces derniers ait été telle qu'elle satisfasse les besoins raisonnables du public, compte tenu de la nature de l'œuvre. Ne constituent pas une publication la représentation d'une œuvre dramatique, dramatico-musicale ou cinématographique, l'exécution d'une œuvre musicale, la récitation publique* »

est la personne physique qui a créé l'œuvre (J.A.L. STERLING, *World copyright law*, Londres, Sweet&Maxwell, 1998, n. 18.05).

²⁵ La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé que : « *Considérant qu'en l'absence de toute indication donnée par la Convention de Berne qui définit la loi applicable à la protection des droits sur celle qui doit désigner le bénéficiaire de cette protection, il convient d'en revenir, sur ce point, au droit commun ; que (...) la règle française de conflit de lois remet à la loi d'origine la définition du titulaire des droits d'origine* » (CA Paris, 14 mars 1991, *J.C.P.*, 1992, II, n. 21.780, p. 2).

²⁶ Cass. fr., 22 décembre 1959, *Rec. Dalloz*, 1960, p. 93 (note de G. HOLLEAUX). Dans cette affaire, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi introduit à l'encontre d'une décision de la Cour d'appel de Paris qui s'était référée à la loi russe afin d'apprécier l'existence d'un droit d'auteur sur des compositions musicales d'artistes soviétiques qui avaient été incorporées, sans autorisation, dans une œuvre cinématographique américaine exploitée en France.

²⁷ Lire notamment : CA Paris, 6 juillet 1989, *RIDA*, 1990, n° 143, p. 329 ; CA Paris, 14 mars 1991, *J.C.P.*, 1992, II, n. 21.780 ; CA Versailles, 17 décembre 1993, *RIDA*, 1994, n° 162, p. 448 ; CA Paris, 20 septembre 1994, *RIDA*, 1995, n° 164, p. 362 ; CA Paris, 9 février 1995, *RIDA*, 1995, n° 166, p. 310. Cf. également Cass. fr., 7 avril 1998, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1999, p. 81. L'interprétation de ce dernier arrêt est cependant discutée (lire à ce propos, H.-J. LUCAS, "Propriété littéraire et artistique: chronique de jurisprudence", *J.C.P.*, Ed. E., 1999, p. 1485).

²⁸ Cf. Civ. Gand, 10 janvier 1996, *R.D.C.*, 1997, p. 33 (note PERTEGAS SENDER) et CA Bruxelles, 10 novembre 1998, *I.R.D.I.*, 1999, p. 24 (cette dernière décision nous paraissant toutefois quelque peu ambiguë quant au rôle assigné à la loi du contrat).

²⁹ A ce propos, lire J.M.B. SEIGNETTE, « Dutch report on private international law aspects », in *Copyright in cyberspace*, Actes des journées d'études de l'ALAI, 4-8 juin 1996, Amsterdam, Cramwinckel, 1997, p. 310. Une doctrine majoritaire penche en outre pour cette solution (en ce sens, lire A.A. QUAEDVLIEG, « Een multiple personality syndrom in het i.p.r. : wie is auteursrechthebbende ? », *AMI*, 1997, p. 157).

³⁰ Article 5.4.

³¹ La Convention se réfère également au pays de résidence du producteur pour les œuvres cinématographiques ainsi qu'au pays d'édification pour les œuvres d'architecture. Concernant une œuvre cinématographique, lire par exemple : TGI Paris, 30 mai 1984, *RIDA*, 1984, n. 122, p. 220.

³² Article 3.3.

d'une oeuvre littéraire, la transmission ou la radiodiffusion des oeuvres littéraires ou artistiques, l'exposition d'une oeuvre d'art et la construction d'une oeuvre d'architecture ». Nonobstant les termes restrictifs de la Convention de Berne, les jurisprudences nationales retiennent parfois le critère du lieu de première divulgation afin d'identifier le pays d'origine d'une oeuvre. La jurisprudence française se prononce généralement en ce sens³³. En Belgique, si les tribunaux n'ont, à notre connaissance, pas pris position sur la question, la doctrine est favorable à une interprétation de la notion de publication comme « présentation au public » au sens large³⁴, ce qui devrait à notre sens englober non seulement la publication au sens strict mais également la communication au public. On se trouve donc en présence de deux conceptions différentes de la notion de pays d'origine d'une oeuvre, selon que l'on applique les règles de conflit de lois propres à certains pays ou les règles conventionnelles.

Les partisans d'un renvoi partiel à la *lex loci originis* sont divisés sur l'étendue de la compétence de cette loi³⁵. Si une majorité de cette doctrine remet la détermination de la titularité initiale des droits à la loi du pays d'origine³⁶, certains préconisent un recours plus large à cette loi, et en particulier pour toutes les questions relevant de la jouissance³⁷ ou de l'existence des droits, cette dernière étant définie par référence aux deux éléments irréductibles du droit d'auteur : l'oeuvre et son auteur. Jean-Sylvestre BERGE distingue ainsi les prérogatives relevant de l'existence du droit (les conditions de protection en ce compris la condition relative à la non extinction du droit ; la titularité originaire) de celles relevant de l'exercice du même droit (les différentes prérogatives du droit d'auteur ; les exceptions et licences légales)³⁸. On peut toutefois s'interroger sur le cas de la détermination du titulaire des droits afférents à une oeuvre cinématographique pour lequel la Convention de Berne³⁹ réserve la compétence de la loi du pays de protection. En outre, l'arrêt *Huston*⁴⁰ pourrait remettre en cause la compétence de la loi du pays d'origine, à tout le moins en matière de titularité des droits moraux⁴¹.

³³ Lire à ce propos J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des oeuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, op. cit., pp. 17 et 18. *Contra* : Cass. fr., 10 février 1998, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1998, p. 438 (note BERGE).

³⁴ En ce sens : P. POIRIER, « Le droit d'auteur », in *Les Nouvelles – Droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 1936, nr. 654 ; F. GASPAR, « Les notions d'oeuvre publiée et de pays d'origine en droit d'auteur », *Ing.-Cons.*, 1956, p. 16.

³⁵ Lire à ce sujet A. KEREVER, « Propriété intellectuelle – la détermination de la loi applicable aux transmissions numérisées », *Bull. dr. auteur*, 1996, pp. 14 et 15.

³⁶ A ce sujet, lire A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, n. 651. Cf. également : CA Paris, 14 mars 1991, op. cit. ; TGI Rennes, 22 juin 1992, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1999, p. 76 ; Civ. Gand, 10 janvier 1996, *R.D.C.*, 1997, p. 33.

³⁷ DESBOIS, cité par J. GINSBURG, note sous CA Paris, 14 mars 1991, op. cit., p. 5.

³⁸ J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, op. cit., p. 226 à 228. En ce qui concerne la condition d'originalité, cf. CA Paris, 20 septembre 1994, *RIDA*, 1995, n. 164, p. 362. *Contra*, cf. : CA Paris, 21 octobre 1992, *RIDA*, 1994, n. 159, p. 350 ; TGI Paris, 20 décembre 1996, *RIDA*, 1997, n. 173, p. 351.

³⁹ Article 14bis, 2, A.

⁴⁰ Cass. fr., 28 mai 1991, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1991, p. 752 (note de P.-Y. GAUTIER). La portée de cet arrêt sera examinée ci-après (point III).

D. Evaluation critique des thèses en présence

Le recours partiel à la loi du pays d'origine est le plus souvent justifié par l'argument de la sécurité juridique. En effet, pour les tenants de cette thèse, s'en remettre à la seule loi du pays de protection risque de poser d'importants problèmes de prévisibilité et de sécurité juridique car le titulaire du droit peut changer lorsque l'œuvre concernée franchit une frontière⁴². Ainsi, pour Jane GINSBURG, si « *c'est aux pays où l'œuvre est accueillie de veiller à la floraison, (...) leur jardinage ne remet pas en cause l'identité de la souche* »⁴³. La titularité initiale constituerait, dans l'optique retenue par cet auteur, une question préalable⁴⁴ réglée par la loi du pays d'origine.

L'argument est à première vue séduisant. Selon nous, il ne résiste cependant pas à l'analyse, et ce pour quatre raisons au moins.

L'identification du pays d'origine pose tout d'abord problème compte tenu de la définition très restrictive de la publication que retient la Convention de Berne⁴⁵, qu'il semble difficile d'écarter⁴⁶. S'en remettre à un critère de rattachement principal⁴⁷ insatisfaisant, voire inapplicable⁴⁸, ne présente pas d'avantage significatif en termes de sécurité juridique.

Par ailleurs, il est artificiel de séparer les questions de la détermination de l'auteur et de sa protection et de les soumettre, le cas échéant, à deux lois distinctes. Séparer le droit d'auteur de son titulaire est dangereux car le droit d'auteur ne peut être défini que par référence à son titulaire, l'auteur⁴⁹. En effet, le droit d'auteur a notamment pour finalité la défense de la personnalité de l'auteur, qui s'exprime au travers de son œuvre.

Régler la titularité des droits et leur protection selon deux lois distinctes pourrait amener à de nouveaux problèmes dans l'hypothèse de contradictions entre les différentes lois désignées⁵⁰.

⁴¹ En ce sens, lire A. KEREVER, op. cit., p. 16.

⁴² Lire notamment F. DESSEMONTET, op. cit. pp. 651 à 655 (en faveur d'un renvoi à la loi du pays d'origine à défaut de renvoi à la loi du contrat).

⁴³ J. GINSBURG, note sous CA Paris, 14 mars 1991, op. cit., p. 5.

⁴⁴ Sur la théorie des questions préables, lire P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Domat, 1998, n. 260 et suivants.

⁴⁵ Cf. l'article 3.3 de la Convention (*supra*, point C). Lire également A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, op. cit., n. 49.

⁴⁶ En ce sens, J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, op. cit., n. 279, p. 201.

⁴⁷ Le critère subsidiaire étant la loi nationale de l'auteur (article 5.4 de la Convention de Berne).

⁴⁸ Par exemple, la divulgation d'une œuvre sur les réseaux numériques ne pourrait constituer une publication au sens de la Convention de Berne...

⁴⁹ En ce sens, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n. 963, p. 791.

⁵⁰ Même s'il existe des palliatifs à ce type de problème (cf. *infra*, point III).

Ici encore, l'intérêt pratique d'un renvoi partiel à la loi du pays d'origine semble douteux. De surcroît, la détermination des questions réglées par cette loi est controversée⁵¹, ce qui n'offre aucune garantie en matière de prévisibilité.

Enfin, scinder la matière du droit d'auteur selon une articulation entre existence et exercice⁵² du droit peut conduire à des solutions absurdes. En effet, le droit d'auteur est conçu comme un ensemble cohérent et équilibré : les systèmes de droit d'auteur dont les conditions de protection sont moins strictes accordent généralement une protection dont la portée est plus réduite⁵³ et, inversement, les législations imposant des conditions de protection plus strictes tendent à accorder une protection plus étendue. On imagine dès lors aisément les situations absurdes auxquelles pourrait mener une règle de conflit de lois divisant la matière du droit d'auteur.

L'argument de la sécurité juridique est ici un leurre. Si le renvoi à la loi d'origine pour la question de la titularité originaire des droits permet d'identifier une loi unique, il ne fait en réalité que déplacer l'insécurité juridique compte tenu des difficultés évoquées ci-avant. Pour certains, s'en remettre à la loi du pays d'origine ne peut en outre que conduire à des « *incohérences discriminatoires* » entre auteurs (ainsi, une même création pourrait ou non être protégée sur un territoire donné en fonction de la nationalité de l'auteur)⁵⁴. Cet argument n'est donc nullement décisif.

Les partisans d'une application partielle de la loi du pays d'origine invoquent également la préexistence du droit avant toute atteinte qui y serait portée⁵⁵. Mais cet argument semble inconciliable avec la position adoptée par la jurisprudence en matière de droits de la personnalité. Il est incontestable que le droit au respect de la vie privée ou le droit à l'image existent préalablement à toute atteinte qui y serait portée. Or, la jurisprudence se prononce en faveur de l'application de la seule loi du lieu de l'acte dommageable (*lex loci delicti*)⁵⁶.

Nonobstant certaines faiblesses rédactionnelles de la Convention de Berne, il est difficile de contester la portée générale de la règle de conflit de lois énoncée à l'article 5.2, car en désignant « *l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur* », c'est bien tant la jouissance que l'exercice du droit d'auteur que vise le texte conventionnel⁵⁷. L'application partielle de la loi du pays d'origine au-delà des hypothèses strictement définies par la Convention de Berne nous semble donc inconciliable avec les termes de l'article 5.2. On pourrait toutefois être tenté de trouver un fondement à cette thèse

⁵¹ Cf. *supra*, point C.

⁵² J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, op. cit., p. 226 à 228.

⁵³ Par une conception plus extensive des exceptions, par exemple.

⁵⁴ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, op.cit., p. 635.

⁵⁵ Cf. notamment H. BATIFFOL, note sous Cass. fr. 29 avril 1970, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1971, p. 271. Pour une analyse critique, lire A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n. 962.

⁵⁶ Lire notamment Cass. fr., 13 avril 1988, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1989, p. 546.

⁵⁷ En ce sens, lire H.-J. LUCAS, op. cit., pp. 1485-1486.

dans une interprétation *a contrario* de l'article 14bis, 2, a⁵⁸, qui réserve à la loi du pays de protection la détermination du titulaire du droit d'auteur afférent à une œuvre cinématographique, mais pareille interprétation se heurterait à la lettre de l'article 5.2 précité⁵⁹. Si l'application générale de la loi du pays de protection peut constituer un inconvénient pratique pour l'exploitant qui souhaite exploiter une œuvre de l'esprit sur plusieurs territoires, cette règle de conflit de lois constitue un avantage du point de vue de l'utilisateur des œuvres⁶⁰. En effet, l'utilisateur sait que l'usage d'une œuvre sur un territoire donné sera régie par la seule loi de ce pays, ce qui confère une prévisibilité certaine dans son chef. Par contre, une référence partielle à la loi du pays d'origine nécessiterait de la part de l'utilisateur une délicate démarche de recherche et de compréhension du droit étranger (sans négliger les éventuels problèmes d'articulation entre les différents droits applicables).

E. Le rôle de la loi du contrat

Lorsque l'on envisage une exploitation contractuelle du droit d'auteur, il convient de prendre en considération, outre la loi applicable au droit d'auteur lui-même, la loi applicable au contrat afférent au droit d'auteur (*lex contractus*). Dans ce contexte, deux questions se posent principalement : d'une part, la détermination de la loi applicable au contrat et, d'autre part, le champ d'application de la loi désignée.

La Convention de Rome du 16 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles a vocation à s'appliquer à toutes les situations soumises à des juridictions de pays signataires car elle désigne potentiellement toutes les lois et non seulement les lois des pays contractants⁶¹. Selon certains auteurs, les règles de cette convention ne s'appliqueraient pas en matière de contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle dans la mesure où ces droits seraient considérés comme « *non contractuels* »⁶². Nous ne partageons pas cette opinion qui repose sur une interprétation erronée des travaux préparatoires de la Convention de Rome. En effet, si la première version du texte excluait les droits de propriété intellectuelle de son champ d'application, c'était dans le cadre d'une application du texte aux

⁵⁸ Cf. notamment J. GINSBURG, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques*, op. cit., p. 25.

⁵⁹ A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, op. cit., n. 42-44. Egaleme nt : F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, op. cit., n. 797.

⁶⁰ Afin d'éviter toute confusion, précisons que dans la suite de notre exposé nous emploierons le terme « utilisateur » pour désigner le seul utilisateur final de l'œuvre (consommateur), que nous distinguerons de l'exploitant de l'œuvre.

⁶¹ M. JOSSELIN – GALL, op. cit., p. 357.

⁶² F. SCHOKWEILER, *Les conflits de lois et de juridictions en droit international privé luxembourgeois*, Luxembourg, Editions Paul Bauler, 1996, n. 462.

obligations extracontractuelles. Il ne peut dès lors faire aucun doute que la Convention de Rome s'applique en matière de contrats relatifs au droit d'auteur⁶³.

Le principe de base retenu par la Convention de Rome est celui de l'autonomie de la volonté : la loi applicable au contrat est celle choisie par les parties⁶⁴. Si les parties contractantes n'ont pas désigné la loi applicable au contrat les liant, la Convention prévoit l'application de la loi du pays présentant les liens les plus étroits avec le contrat concerné. A cet égard, le texte énonce une présomption en faveur de la loi du pays où la partie qui doit effectuer la prestation caractéristique du contrat a sa résidence habituelle. Le concept de prestation caractéristique n'est malheureusement pas défini et peut poser problème en matière de contrat relatif au droit d'auteur⁶⁵. Ainsi, dans l'hypothèse d'un contrat d'exploitation comportant une clause de cession de droits, est-ce la cession des droits ou l'exploitation qui doit être considérée comme la prestation caractéristique ? La réponse est difficile. Pierre-Yves GAUTIER est favorable à une approche au cas par cas, en prenant en considération le type d'œuvre et la capacité de chacune des parties⁶⁶. Il nous semble que, de manière générale, la prestation qui justifie l'existence du contrat est l'exploitation, la cession des droits n'étant qu'une des conditions nécessaires de l'exploitation envisagée et rarement une fin en soi⁶⁷. La situation pourrait cependant être jugée différemment lorsque le contrat ne comporte aucune obligation d'exploiter⁶⁸.

En ce qui concerne les œuvres réalisées dans le cadre d'un contrat de travail, l'article 6 de la Convention de Rome permet au travailleur, nonobstant le choix qui serait indiqué dans le contrat, d'invoquer l'application de la loi du pays d'exercice habituel de l'activité ou du pays d'embauche (si l'exécution se fait dans plusieurs pays)⁶⁹.

La détermination du champ d'application de la loi du contrat est sans aucun doute une question dont les implications pratiques ne sont pas négligeables. A cet égard, la loi du contrat ne doit pas être confondue avec la loi du droit. L'article 10 de la Convention de Rome précise clairement le champ de la loi du contrat (interprétation du contrat, exécution des obligations, validité du contrat). Selon certains auteurs, la liste de l'article 10 ne serait pas limitative, compte tenu de l'emploi du terme « *notamment* »⁷⁰. La Commission européenne semble d'ailleurs adopter une approche très extensive de la compétence de la loi du contrat⁷¹.

⁶³ C. WADLOW, « Intellectual property and the Rome contracts Convention », *E.I.P.R.*, 1997/1, pp. 11-12.

⁶⁴ Article 3, §1.

⁶⁵ Sur les problèmes posés par cette présomption en matière de propriété intellectuelle, lire notamment: J. FAWCETT and P. TORREMANS, *Intellectual property and private international law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 556.

⁶⁶ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, PUF, 1999, p. 263. Pour une approche plus économique, lire M. JOSSELIN – GALL, op. cit., p. 363 et sv.

⁶⁷ Dans le même sens, lire J. GINSBURG, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques*, op. cit., p. 31. Concernant le rôle de l'éditeur d'une revue, cf. CA Paris, 2 juin 1999, *RIDA*, n. 183, janvier 2000, p. 302.

⁶⁸ En ce sens, F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, op. cit., p. 642.

⁶⁹ Sur la loi applicable en matière de contrat de travail, lire F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, op.cit, pp. 647 et suivantes.

⁷⁰ A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, op. cit., p. 390. Lire également M. JOSSELIN – GALL, op. cit., p. 430.

Il n'empêche qu'en tout cas, l'application de la *lex contractus* doit être confinée au contrat et à ses effets et ne peut s'étendre aux domaines propres au droit d'auteur. Le choix de la loi du contrat ne peut en effet servir à échapper au conflit de lois relatif au droit d'auteur⁷². Ainsi, il nous semble douteux que la loi du contrat puisse régir des questions propres au droit telles que, par exemple, la cessibilité de tout ou partie du droit d'auteur⁷³. En pratique, un contrat portant cession de droits à l'échelle mondiale serait donc en quelque sorte morcelé en autant de contrats qu'il y a de pays accordant la protection, car la validité de l'opération doit être envisagée de manière autonome dans chacun des pays d'exploitation⁷⁴.

La Commission européenne examine à l'heure actuelle la révision de la Convention de Rome ainsi que l'adoption d'une Convention de Rome II consacrée aux obligations extracontractuelles. Ces discussions constituent une occasion idéale de clarifier les règles en matière de loi applicable aux contrats relatif au droit d'auteur.

F. Internet : la boîte de Pandore ?

La tentation est grande pour les juristes de présenter Internet comme la source de tous les maux. En ce qui concerne les conflits de lois propres au droit d'auteur, Internet ne pose pourtant aucun nouveau problème mais attire l'attention sur des questions préexistantes trop longtemps négligées. Nous aborderons dans un premier temps les questions que pose l'application de la loi du pays de protection avant de nous pencher sur les solutions alternatives proposées.

⁷¹ Cf. le *Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, cité par A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, op. cit., p. 327, n. 649.

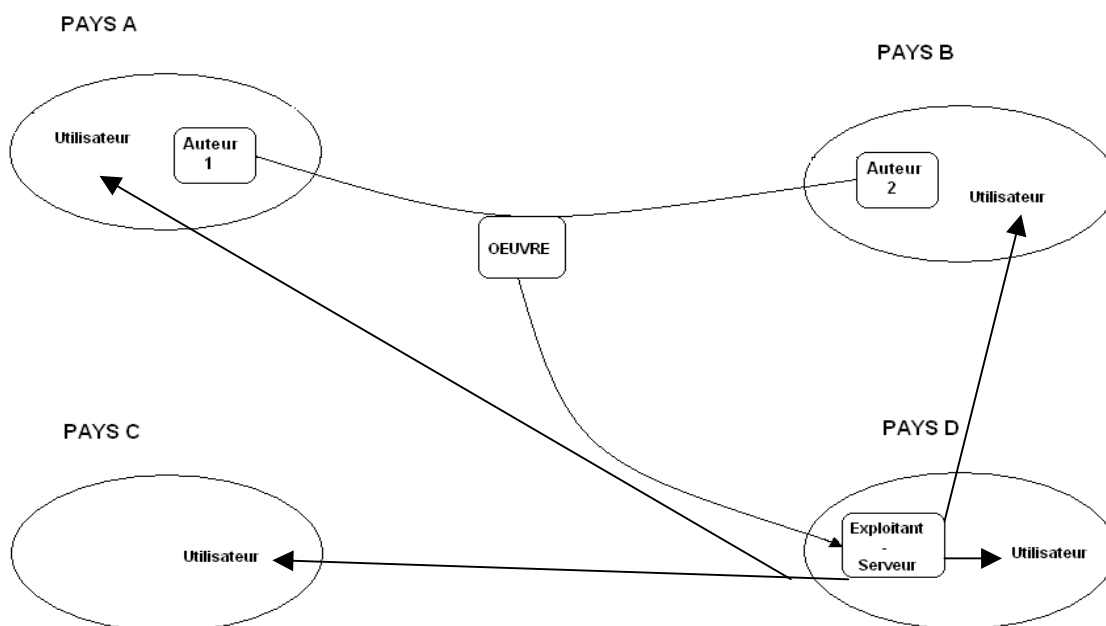
⁷² A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, op. cit., n. 648 et 649.

⁷³ Cf. G. KOUMANTOS, « Rapport général sur les aspects de droit international privé », in *Copyright in cyberspace*, Actes des journées d'études de l'ALAI, 4-8 juin 1996, Amsterdam, Cramwinckel, 1997, p. 263. Dans le même sens : F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, op.cit, p. 644. Lire également J.-S. BERGE, qui est plus nuancé mais indique que la jurisprudence récente tend à consacrer cette solution (*La loi applicable à la circulation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, op. cit., n. 23 et 24). La jurisprudence belge s'est d'ailleurs prononcée en faveur d'une application de la loi du pays de protection afin d'évaluer l'admissibilité d'une cession de droits intellectuels (Civ. Bruxelles, 6 octobre 1995, *Ing.-Cons.*, 1996, p. 129). *Contra*, lire notamment : F. DESSEMONTET, favorable à l'application de la loi du contrat concernant la titularité du droit d'auteur (op. cit., pp. 651 et suivantes) ; CA Lyon, 16 mars 1989, *RIDA*, 1990, n. 144, p. 227.

⁷⁴ P.E. GELLER, « Les conflits de lois en matière de contrats de droit d'auteur : vers une harmonisation des analyses », *Droit d'auteur*, 1989, pp. 53-54.

1. Préliminaires

Afin d'illustrer notre analyse, nous utiliserons un exemple dont l'énoncé peut être résumé comme suit : quatre pays (A, B, C et D), deux auteurs (Auteur 1 et Auteur 2), une œuvre, un exploitant et des utilisateurs. Les deux auteurs sont domiciliés dans les pays A et B, tandis que l'exploitant (et son serveur) sont localisés dans le pays D. Les utilisateurs (consommateurs) sont quant à eux présents dans les quatre pays. L'œuvre est introduite sur Internet via le serveur de l'exploitant et des utilisateurs y accèdent dans les quatre pays. L'exemple pourrait donc être représenté selon le schéma ci-dessous.



2. Application de la loi du pays de protection et localisation de la transmission numérique

Si l'on prend en considération la seule loi du pays de protection, le critère de détermination de la loi applicable est celui de la localisation de l'acte d'exploitation. Dans le contexte d'Internet, l'acte relevant est l'acte de transmission numérique. Deux thèses s'affrontent quant à la localisation de l'acte de transmission numérique via Internet: celle de la localisation dans le pays d'émission et celle de la localisation dans le(s) pays de réception.

Si la première thèse présente l'avantage d'une localisation unique de l'acte de transmission (dans notre exemple, seule la loi du pays D s'appliquerait), elle fait craindre une délocalisation des activités vers des pays à faible protection du droit d'auteur⁷⁵. Il semble donc que cette solution ne puisse être retenue sans une harmonisation parallèle des législations. Certains estiment cependant que la règle de l'article 5.2 de la Convention de Berne présuppose que l'auteur soit à même d'exercer son droit d'autoriser, ce qui a pour

⁷⁵ Cf. notamment P. SCHONNING, op. cit., p. 48.

conséquence que la loi du pays d'émission pourrait le cas échéant être écartée au profit de la loi du pays de réception si la première ne reconnaissait pas à l'auteur le droit d'autoriser la transmission⁷⁶.

Plus fondamentalement, l'identification du point d'émission d'une transmission numérique est techniquement très difficile. Il convient à ce propos de distinguer selon que le site à l'origine de la transmission numérique est hébergé sous un nom de domaine « national » ou générique.

Une localisation « probable » est possible pour les sites web hébergés sous des noms de domaine « nationaux »⁷⁷ dans la mesure où la plupart des organismes d'enregistrement exigent un lien étroit avec le territoire national concerné⁷⁸. Mais l'utilisateur n'obtiendra jamais de certitude absolue quant à la localisation du serveur à l'origine de l'émission. En effet, si l'enregistrement d'un nom de domaine national requiert de la part du requérant un lien avec le territoire national concerné, rien ne garantit que le serveur du requérant sera localisé dans ce pays. Ainsi, il serait possible que le serveur hébergeant les informations sous le nom de domaine « coca-cola.be » soit localisé aux Etats-Unis. En effet, la société Coca-Cola disposant d'une filiale en Belgique et détenant les droits de marque sur le signe « coca-cola » pour le territoire belge pourra, selon les règles du DNS belge, obtenir l'enregistrement du nom de domaine « coca-cola.be », mais ce nom de domaine pourra être rattaché à une adresse IP correspondant à un serveur localisé dans un autre pays.

En ce qui concerne les contenus hébergés dans des domaines génériques (« .com », « .org »)⁷⁹, l'utilisateur ne dispose d'aucune indication sur la localisation géographique puisque les domaines génériques ne correspondent à aucun Etat ni territoire. Il est certes possible d'obtenir les coordonnées du détenteur d'un nom de domaine générique, mais dans la mesure où aucun contrôle particulier n'est effectué quant à l'exactitude des coordonnées communiquées par celui-ci, l'utilisateur ne pourra s'appuyer sur aucune certitude.

Les systèmes d'exploitation des ordinateurs personnels comprennent un outil susceptible d'aider quelque peu l'utilisateur dans l'identification de l'origine d'une transmission via Internet. En effet, il existe une instruction qui permet d'obtenir la liste des principaux routeurs par lesquels transitent les informations transmises via Internet⁸⁰. Mais cet outil, par ailleurs très peu connu des utilisateurs, ne permet qu'une localisation très approximative dans la mesure où la piste suivie n'est géographiquement plus du tout localisable dès que l'information transite par des routeurs hébergés sous des noms de domaine génériques.

L'utilisateur pourrait également tenter de localiser le serveur à l'origine de la transmission via son adresse IP, mais cette démarche relativement fastidieuse n'apporte pas davantage de certitude absolue. En effet, si l'adresse IP est attribuée à un fournisseur d'accès dont il est

⁷⁶ A. KEREVER, op. cit., p. 20. Cf. également *infra* sur les réserves liées à l'ordre public international (point III).

⁷⁷ Il s'agit, par exemple, des noms de domaine comportant les suffixes « .be », « .fr », ...

⁷⁸ Consulter par exemple les règles de DNS-BE (en vigueur en juin 2000): <http://www.dns.be>.

⁷⁹ Les noms de domaines génériques représentent près de 95 % de l'ensemble des noms de domaine.

⁸⁰ Il convient d'introduire, dans l'invite de commandes DOS de votre système d'exploitation, l'instruction < *tracert* > (contraction de « trace route ») suivie de l'adresse URL du site recherché. Par exemple, l'utilisateur peut tenter de localiser le site de Coca-Cola en introduisant l'instruction < *tracert www.coca-cola.com* >. De la sorte, l'utilisateur peut suivre le cheminement de la transmission numérique vers ce site.

possible d'obtenir les coordonnées, rien ne permet de garantir que le poste qui fournit le contenu dont l'utilisateur tente d'identifier l'origine est situé dans le pays du fournisseur d'accès concerné⁸¹.

Enfin, l'utilisation (très répandue) de la technique des hyperliens (et plus spécifiquement les techniques de l'*inlining* et du *framing*) est susceptible d'induire l'utilisateur en erreur dans la mesure où une page web peut contenir des éléments appelés d'une autre page qui pourrait être localisée sur un autre serveur dans un autre pays⁸².

La thèse d'une localisation dans les pays de réception (dans notre exemple, les quatre pays) nous paraît plus adéquate car la diffusion sur Internet correspond à une exploitation de l'œuvre concernée dans les différents pays de réception⁸³. Cette solution présente toutefois d'importants problèmes pratiques du point de vue des exploitants d'œuvres protégées parce qu'elle leur impose la prise en compte d'un nombre considérable de législations, ce qui peut indiscutablement constituer un frein à l'exploitation des œuvres sur Internet. Ainsi, dans notre exemple, l'exploitant devrait prendre en considération les législations respectives des pays A, B, C et D. Mais comme nous l'avons souligné précédemment à propos de la loi du pays d'origine, opter pour la loi du pays d'émission sur base de ce type de considérations n'a pas de sens dans la mesure où le recours à cette loi ne fait que déplacer le problème vers l'utilisateur des œuvres.

3. Solutions alternatives proposées

Si l'adoption de règles spécifiques à Internet n'est pas souhaitable, la réflexion suscitée par l'exploitation des œuvres de l'esprit via la Toile a permis de dégager des pistes de solution intéressantes dans le cadre d'une éventuelle réforme globale des mécanismes de conflit de lois en droit d'auteur. Dans ce contexte, les études de Jean-Sylvestre BERGE, Jane GINSBURG et André LUCAS nous serviront de balises.

Compte tenu des difficultés politiques inhérentes à une réforme des mécanismes de conflit de lois au niveau de l'OMPI⁸⁴, Jean-Sylvestre BERGE propose d'initier une réforme au niveau européen. Il préconise un double rattachement : un rattachement principal basé sur la localisation du serveur qui héberge le site où l'œuvre a été pour la première fois mise à la disposition du public dans la Communauté, et un rattachement subsidiaire en faveur du pays membre de la Communauté qui serait le pays d'origine au sens de la Convention de Berne,

⁸¹ Il est en effet possible que l'adresse IP concernée soit utilisée à partir d'un poste situé dans un autre pays.

⁸² Sur la problématique des hyperliens, lire A. STROWEL, « Liaisons dangereuses et bonnes relations sur Internet. A propos des hyperliens », *A&M*, 1998/4, p.296. Cf. également : S. DUSOLLIER, « Les outils de référence : les cartes au trésor de l'Internet », in *Droit des technologies de l'information, regards prospectifs (à l'occasion des 20 ans du CRID)*, Cahier du CRID, n°16, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 33 ; T. VERBIEST, « Liens hypertextes : quels risques juridiques pour les opérateurs de sites web ? », disponible sur le site web <http://www.juriscom.net>.

⁸³ A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, op. cit., n.83. Lire également en faveur des lois des pays de réception : P.-Y. GAUTIER, « Du droit applicable dans le village planétaire au titre de l'usage immatériel des œuvres », *Rec. Dalloz*, 1996, chron., p. 132.

⁸⁴ J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, op. cit., n. 70.

dans l'hypothèse où le premier critère de rattachement désignerait un pays non membre de la Communauté européenne⁸⁵.

Dans le cadre de notre exemple, le premier critère de rattachement désignerait le pays D tandis que le second ne désignerait aucun pays si l'œuvre n'avait pas été publiée (au sens de la Convention de Berne) avant sa mise en ligne. En effet, la mise en ligne ne peut être assimilée à une publication au sens de la Convention de Berne.

Cette proposition présente plusieurs faiblesses. Ainsi, se pose tout d'abord un problème d'opportunité car ajouter un niveau supplémentaire de règles de conflit de lois alors que les règles existantes pèchent par un manque évident de clarté n'est probablement pas la solution la plus judicieuse. Plus fondamentalement, l'intérêt pratique de la solution proposée paraît d'autant plus hypothétique que, d'une part, l'identification de l'origine d'une transmission numérique est techniquement très difficile et que, d'autre part, la définition conventionnelle du pays d'origine pose problème, en particulier dans l'environnement numérique. L'auteur, bien conscient des faiblesses de la solution précitée⁸⁶, propose d'ailleurs une réforme plus générale des mécanismes de conflit de lois dans le cadre de laquelle un rôle plus important serait dévolu à la loi du pays d'origine, selon la distinction qu'il retient par ailleurs : compétence de la loi d'origine pour les aspects liés à l'existence du droit d'auteur (œuvre protégée, titulaire initial, durée des droits), compétence de la loi du pays de protection pour les modalités d'exercice du droit (consistance des prérogatives du droit d'auteur et conditions de mise en œuvre)⁸⁷. Dans ce contexte, l'auteur suggère une redéfinition de la notion de pays d'origine en fonction de critères de rattachement personnels (résidence habituelle de l'auteur) ainsi qu'un renvoi généralisé au pays d'émission en ce qui concerne la définition du pays de protection⁸⁸. Afin d'atténuer les répercussions négatives d'une telle approche pour les utilisateurs finaux des œuvres, l'auteur insiste sur un rapprochement plus important des différentes législations nationales ainsi que sur l'adoption de mesures d'accompagnement par rapport à la publicité du contenu de ces législations. Les critiques formulées ci-avant par rapport à un renvoi à la loi du pays d'origine ne trouvent cependant pas de réponse satisfaisante. En ce qui concerne les critères de rattachement de type personnel, un problème de prévisibilité se pose aux utilisateurs des œuvres. Il y a tout d'abord la difficulté de localiser un auteur personne physique. Ensuite, la situation devient difficilement gérable lorsque l'utilisateur est confronté, comme c'est le cas dans notre exemple, à plusieurs auteurs (œuvre de collaboration)⁸⁹. Enfin, dans l'hypothèse de changement(s) de localisation de l'auteur ou du siège d'activités concerné, quel lieu privilégier dans la succession chronologique : celui du moment de la première divulgation (on en reviendrait dès lors au critère du pays d'origine), celui du moment de constatation de l'atteinte aux droits, celui du moment de l'introduction de la demande ?

⁸⁵ J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, op. cit., n. 76.

⁸⁶ J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, op. cit., n. 79 à 81.

⁸⁷ Cf. *supra*, note 38.

⁸⁸ J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, op. cit., n. 87.

⁸⁹ Faudrait-il faire primer une loi sur les autres ou les appliquer simultanément, avec tous les problèmes pratiques que cela engendrerait (possibles contradictions) ?

Jane GINSBURG envisage quant à elle la détermination de la loi applicable à la violation des droits⁹⁰ en fonction de trois niveaux de rattachement⁹¹. La loi applicable serait tout d'abord déterminée par la localisation du serveur hébergeant l'information litigieuse. A défaut de protection suffisante du droit d'auteur dans ce pays, le lieu de résidence ou le lieu habituel d'activité de l'exploitant du site web litigieux serait retenu comme critère de rattachement. Enfin, en cas d'insuffisance de cette deuxième loi également, la loi du for serait déclarée applicable. Ces propositions soulèvent différents problèmes. Elles nous semblent tout d'abord trop « orientées » d'un point de vue technologique, ce qui risque de les rendre trop rapidement obsolètes. Par ailleurs, le premier critère de rattachement présente les mêmes faiblesses que le critère de rattachement au pays d'émission (cf. *supra*). En outre, l'évaluation de l'éventuelle insuffisance d'une législation posera inévitablement des difficultés pratiques d'interprétation, notamment quant à la détermination et l'application des critères définissant le niveau de protection « suffisant ».

Notre préférence va à l'approche prônée par André LUCAS, qui consiste à s'en remettre exclusivement à la loi du pays de protection. Comme nous l'avons montré ci-avant, l'argument de la sécurité juridique souvent invoqué à l'encontre de cette thèse et en faveur de l'application de la loi du pays d'origine ne résiste pas à l'analyse pour plusieurs raisons et notamment compte tenu des incertitudes techniques et juridiques quant à l'identification du pays d'origine, des problèmes d'articulation des différentes lois potentiellement applicables et du respect de la cohérence législative⁹². En outre, selon M. LUCAS, la théorie des droits acquis devrait permettre de garantir pleinement la sécurité juridique dans la potentielle succession de contrats relatifs au droit d'auteur⁹³. La théorie des droits acquis, qui voudrait que tout droit régulièrement acquis dans un pays doive être respecté dans les autres, est toutefois très controversée⁹⁴. En effet, pour déterminer si les droits invoqués ont été valablement acquis, le juge saisi devra, selon les règles de conflit de lois du for, préalablement identifier le droit compétent pour juger de leur correcte acquisition⁹⁵. Le respect des droits acquis ne poserait donc pas un problème distinct du conflit de lois dans la mesure où il serait précisément une occasion de sa mise en oeuvre⁹⁶. Le juge saisi n'est donc nullement dispensé de vérifier si les droits invoqués ont été valablement acquis selon la loi applicable en vertu de la règle de conflit de lois du for. Sous cette seule réserve, qui ne remet d'ailleurs pas fondamentalement en cause l'argumentation de Monsieur LUCAS, nous souscrivons à son analyse qui rejette l'application de la loi du pays d'origine au profit de la seule loi du pays de

⁹⁰ Nous n'aborderons pas ici la question de la titularité des droits, qui est envisagée par cet auteur de manière préalable (cf. *supra*, point 4).

⁹¹ J. GINSBURG, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques*, op. cit., p. 47.

⁹² Cf. *supra*, point 4.

⁹³ A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, op. cit., n. 51.

⁹⁴ Cf. notamment : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 401 à 408 ; P. MAYER, op. cit., pp. 73 à 75.

⁹⁵ P. MAYER, op. cit., p. 74, n. 111.

⁹⁶ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., p. 402.

protection⁹⁷. En ce qui concerne l'adéquation de cette théorie au contexte d'Internet, cet auteur s'inspire de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes⁹⁸ et prône une application cumulative des lois des pays d'émission (réparation de l'ensemble du préjudice) et de réception (réparation du seul dommage local)⁹⁹. Dans notre exemple, il serait possible d'invoquer soit la loi du pays D pour l'exploitation dans l'ensemble des quatre pays concernés, soit les lois respectives de chacun des pays afin d'évaluer la légalité de l'exploitation en ce qui concerne tous les actes localisables sur leurs territoires respectifs. Afin de contourner les inconvénients pratiques liés à une application distributive des lois des différents pays de réception, Monsieur LUCAS suggère un renvoi à la loi du pays où le titulaire du droit lésé a son domicile, à la condition que l'émetteur ait pu raisonnablement prévoir la survenance du dommage dans le pays de réception¹⁰⁰. La conformité de la solution proposée avec le prescrit de l'article 5.2 de la Convention de Berne ne nous paraît cependant pas évidente. En outre, pareille solution requiert une harmonisation préalable des législations nationales, sous peine de favoriser une délocalisation des activités de mise en ligne vers des pays à faible protection du droit d'auteur.

4. Conclusion

S'il est incontestable que l'application de la règle de conflit de lois renvoyant de manière générale à la seule loi du pays de protection pose des difficultés pratiques dans le contexte de l'exploitation des œuvres de l'esprit via Internet, les solutions alternatives proposées ne paraissent guère plus favorables. Ainsi, le renvoi à la loi du pays d'origine, solution alternative le plus souvent avancée, pose également de nombreux problèmes pratiques notamment quant à la définition du pays d'origine au sens de la Convention de Berne ainsi que par rapport à la division du droit d'auteur en plusieurs ensembles potentiellement soumis à des lois différentes.

Des propositions ont également été formulées dans le cadre de l'identification du pays de protection : il a ainsi été envisagé de localiser l'acte de transmission numérique (acte d'exploitation relevant) en fonction du lieu où se situe le serveur à partir duquel l'œuvre est mise en ligne. Mais, outre les risques de délocalisation des activités de mise en ligne vers des pays à faible protection du droit d'auteur, cette solution se heurte à un obstacle technique dans la mesure où les utilisateurs ne disposent pas d'outils leur permettant de localiser aisément et avec certitude le point d'émission d'une transmission numérique.

Les difficultés pratiques liées à l'application potentielle de toutes les lois de la planète ne nous paraissent donc pas pouvoir être résolues par le simple jeu d'une règle de conflit de

⁹⁷ Cf. *supra* sur les arguments favorables à cette thèse (point D).

⁹⁸ Affaire *Fiona Shevill* : CJCE, 7 mars 1995, *Rec. Dalloz*, 1996, p. 61.

⁹⁹ A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, op. cit., n. 87 et 88.

¹⁰⁰ Pour une question de charge de la preuve, il nous semblerait plus opportun de formuler cette condition de manière négative (« sauf s'il ne pouvait prévoir... »).

lois. Afin d'alléger la tâche des exploitants d'œuvres de l'esprit, c'est plutôt vers une plus grande harmonisation du droit matériel qu'il faut tendre¹⁰¹.

III. Les exceptions à la loi désignée par la règle de conflit de lois

Lorsqu'un juge est saisi d'un litige présentant des éléments internationaux, il doit se poser la question de la loi applicable en vue de la résolution de ce litige. Dans ce contexte, le juge a l'obligation d'envisager la possible application de deux mécanismes liés à l'ordre public international : le recours aux lois de police et l'application de l'exception d'ordre public international¹⁰².

Avant de prendre en considération les règles de conflit de lois, le juge doit vérifier l'existence d'éventuelles règles d'application impératives (lois de police) qui s'appliqueraient à la situation envisagée¹⁰³. Si une loi de police du for est applicable au cas soumis au tribunal, celui-ci sera dispensé de régler le conflit de lois éventuel dans la mesure où la recherche des lois de police précède la démarche conflictualiste traditionnelle.

Par ailleurs, une fois que le juge a déterminé la loi applicable par le biais des règles de conflit de lois, il lui est encore possible d'écarter les règles du droit étranger déclaré applicable lorsqu'il constate une opposition entre les solutions retenues par le droit étranger et les principes fondamentaux du droit du for¹⁰⁴. Le mécanisme intervient ici postérieurement à la démarche de résolution du conflit de lois.

En matière de droit d'auteur, la jurisprudence relative à l'affaire *Huston* a donné un remarquable exemple de ces mécanismes de défense des intérêts fondamentaux du for. Avant de nous pencher sur les incidences de la décision rendue par la Cour de Cassation française dans cette affaire devenue célèbre, il n'est pas inutile de revenir brièvement sur les différents épisodes de cette saga judiciaire.

Le réalisateur américain John Huston, agissant dans le cadre d'un contrat de travail le liant à un producteur (MGM), avait réalisé un film en noir et blanc intitulé « Asphalt Jungle ». Ce contrat de travail comportait une clause prévoyant la cession globale de tous les droits d'auteur du cinéaste. Après le décès du cinéaste, le producteur décida de réaliser une version colorisée du film. Les héritiers de John Huston saisirent les juridictions françaises de l'affaire à l'occasion de la diffusion de la version colorisée du film sur La Cinq.

¹⁰¹ En ce sens, cf. Communication de la Commission européenne : *Suivi du livre vert « Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information »*, COM (96) 568 Final, texte disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/intprop/com568fr.pdf, p. 23 (se référant à l'avis de la majorité des milieux intéressés).

¹⁰² L'application du droit étranger peut également être écartée lorsque l'élément d'extranéité (facteur de rattachement) emportant son application est artificiel (hypothèse de la fraude à la loi). Lire par exemple Civ. Liège, 30 avril 1999, *A&M*, 1999/4, p. 438.

¹⁰³ Sur les lois de police, lire P. MAYER, op. cit., pp. 80 et suivantes.

¹⁰⁴ Selon P. MAYER (op. cit., n. 200), l'ordre public remplirait une triple fonction : défense du droit naturel, défense des fondements politiques et sociaux de l'Etat du for, défense de certaines politiques législatives. Sur ce dernier objectif de l'ordre public, lire H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., n. 359.

Le Tribunal de Grande Instance de Paris avait déclaré la loi française (loi du pays de protection) applicable et, sur base de la conception française du droit moral, avait considéré, nonobstant les dispositions tant de la loi américaine (qui considère que le producteur est l'auteur) que contractuelles entre parties (cession intégrale des droits), que l'auteur personne physique était titulaire des droits moraux et que les circonstances de l'espèce ne permettaient pas d'établir une renonciation générale et définitive à tout recours en cas de méconnaissance de l'intégrité ou de la paternité de l'œuvre¹⁰⁵.

La Cour d'appel de Paris¹⁰⁶ considéra « *qu'en se référant à la loi française pour revendiquer l'exercice en France d'un droit moral sur Asphalt Jungle, les héritiers Huston et Maddow tentent d'échapper aux engagements pris en Californie, mettant ainsi en péril la sécurité juridique attendue des contrats et ce de façon d'autant plus inadmissible qu'un tel reniement porte sur une œuvre cinématographique dont ni Huston ni Maddow ne pouvaient ignorer qu'elle était appelée à une large diffusion hors des Etats-Unis et en particulier dans notre pays (lire la France) où Asphalt Jungle a été projeté sous le titre Quand la ville dort en version synchronisée* ». Suivant son raisonnement, la Cour déclara le droit américain applicable pour régler la question de la titularité du droit (moral en l'espèce) et rejeta la mise en œuvre de l'exception d'ordre public dans la mesure où, selon elle, « *les intérêts invoqués par les consorts Huston-Maddow ne sont pas à la hauteur des principes permettant de déclencher l'exception d'ordre public international* ». Cette décision fut très critiquée, notamment par rapport au rejet de l'exception d'ordre public international¹⁰⁷.

La Cour de Cassation censura cette décision de second degré au motif (peu clair) que les règles relatives au droit moral « *sont des lois d'application impérative* »¹⁰⁸.

L'affaire fut renvoyée devant la Cour d'appel de Versailles qui statua (toutes chambres réunies) en faveur des héritiers Huston¹⁰⁹.

Avant de prendre en considération la problématique du conflit de lois, le juge doit donc rechercher dans le droit du for s'il existe une loi de police applicable à la situation envisagée. Si tel est le cas, sa démarche vis-à-vis du droit étranger s'arrêtera là. Cette voie lui dispensera donc de résoudre le conflit de lois. Les lois de police d'un pays sont des lois « *dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays* »¹¹⁰. En matière de droit d'auteur, la Cour de Cassation française a décidé dans l'arrêt *Huston* que la loi française s'appliquait à ce titre¹¹¹ en ce qui concerne la détermination du titulaire des droits moraux ainsi que pour la défense des droits à la paternité

¹⁰⁵ TGI Paris, 23 novembre 1988, *RIDA*, 1989, n. 139, p. 205.

¹⁰⁶ CA Paris, 6 juillet 1989, *RIDA*, 1990, n. 143, pp. 334 et 335. Lire également CA Lyon, 16 mars 1989, op.cit., note 72.

¹⁰⁷ Lire notamment A. FRANÇON, note sous CA Paris, 6 juillet 1989, op. cit., p. 342.

¹⁰⁸ Cass. fr., 28 mai 1991, *RIDA*, 1991, n. 149, p. 197.

¹⁰⁹ CA Versailles, 19 décembre 1994, *RIDA*, 1995, n. 164, p. 389 (note KEREVER). La Cour s'est notamment fondée sur la circonstance que la réalisation en noir et blanc résultait d'un choix délibéré du réalisateur (la technique couleurs étant déjà répandue à l'époque).

¹¹⁰ *Répertoire Dalloz droit international*, v° Conflits de lois, n. 137.

¹¹¹ Cf. cependant A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n. 981 (note 240). Ces auteurs n'excluent pas que l'arrêt de la Cour de Cassation puisse être interprété comme un recours à l'exception d'ordre public international.

et à l'intégrité de l'œuvre¹¹². Cet arrêt marque un rejet clair de la conception économique du droit d'auteur au profit de la conception française, plus personnaliste, du droit d'auteur¹¹³. Si la position de la Cour de Cassation française est défendable sur le fond, la motivation de l'arrêt pose plusieurs questions. Le recours au mécanisme des lois de police est assez peu respectueux des lois étrangères et doit donc demeurer exceptionnel. En l'espèce, la Cour aurait pu parvenir au même résultat en mettant en œuvre l'exception d'ordre public international¹¹⁴. En outre, la conception d'auteur que l'arrêt *Huston* entend privilégier par le biais de la technique des lois de police pourrait avoir des implications au-delà du seul droit moral¹¹⁵. En effet, il paraît difficile de scinder la législation sur le droit d'auteur en considérant que seules les règles relatives au droit moral devraient être considérées comme des lois de police. La technique utilisée par la Cour n'est peut-être pas neutre de ce point de vue.

Le recours au mécanisme de l'exception d'ordre public international permet d'écarter l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois lorsque cette loi conduit à une solution contraire aux principes fondamentaux du droit d'auteur du for. Dans le cadre de l'affaire *Huston*, il aurait été possible d'obtenir une consécration de la conception française du droit moral en utilisant ce mécanisme, ce qui aurait été selon nous plus judicieux. En effet, cette technique repose sur une analyse au cas par cas¹¹⁶ qui aurait permis d'adopter une approche plus nuancée par rapport à la défense des éléments essentiels de la conception française du droit d'auteur. Cette démarche est en outre plus respectueuse du droit étranger qui est, au moins dans un premier temps, pris en considération.

A notre connaissance, la jurisprudence belge ne s'est jamais prononcée sur l'éventuel recours aux mécanismes des lois de police et/ou de l'exception d'ordre public international¹¹⁷ en matière de droit d'auteur. L'avant-projet de loi portant code de droit international privé rédigé par le gouvernement donne toutefois quelques indications intéressantes susceptibles de guider les juges. En effet, on relèvera avec intérêt dans l'Exposé des Motifs de cet avant-projet¹¹⁸ que, selon ses rédacteurs, l'exception d'ordre public international pourrait être mise en œuvre afin de défendre des principes tels que l'indisponibilité du droit moral ou le fait que seules les personnes physiques puissent se voir reconnaître la qualité d'auteur.

¹¹² J. GINSBURG, « La loi applicable à la titularité du droit d'auteur dans les rapports entre l'auteur de l'œuvre d'art et le propriétaire de son support », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1994, p. 619.

¹¹³ A. FRANÇON, Observations sous Cass. fr., 28 mai 1991, *J.C.P.*, 1991, II, 21731, p. 322.

¹¹⁴ Lire notamment J. GINSBURG et P. SIRINELLI, « Auteur, création et adaptation en droit international privé et en droit interne français. Réflexions à partir de l'affaire *Huston* », *RIDA*, 1991, n. 150, pp. 19 et suivantes.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 15.

¹¹⁶ La jurisprudence n'est donc pas uniforme sur le recours à ce mécanisme. Pour une jurisprudence favorable, cf. CA Paris, 1^{er} février 1989, *RIDA*, 1989, n. 142, p. 301 (note SIRINELLI). En sens contraire, lire notamment l'arrêt de la même Cour d'appel (mais chambre différente) dans l'affaire *Huston* : CA Paris, 6 juillet 1989, op. cit., note 87.

¹¹⁷ Sur le recours au mécanisme de l'exception d'ordre public en général, lire N. WATTE, « Quelques remarques sur la notion de l'ordre public en droit international privé », note sous Cass., 27 février 1986, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 97 et suivantes.

¹¹⁸ Avant-projet de loi portant code de droit international privé, Exposé des Motifs, p. 54.

IV. Conclusion et perspectives

La résolution des conflits de lois en matière de droit d'auteur pose indiscutablement problème. L'obstacle majeur à surmonter réside dans la rédaction peu claire des règles édictées au niveau du droit international conventionnel¹¹⁹.

Les règles de conflit de lois actuelles sont marquées par le concept de territorialité. Il convient néanmoins de rejeter toute application systématique de la *lex fori*¹²⁰. La seule solution qui nous paraisse conforme aux dispositions de la Convention de Berne consiste à retenir la compétence générale de la loi du pays de protection. En effet, nonobstant la rédaction imparfaite de l'article 5.2 de la Convention de Berne, c'est la seule interprétation qui ne heurterait pas la lettre de cette disposition. Le renvoi à la loi du pays d'origine devrait dès lors être limité aux hypothèses envisagées par la Convention de Berne. En outre, le renvoi à la loi du pays d'origine pour certains aspects du droit d'auteur (titularité initiale notamment), préconisé par certains auteurs suivis par une partie de la jurisprudence, ne constitue pas une alternative intéressante par rapport aux problèmes pratiques soulevés par l'application exclusive de la loi du pays de protection. Cette solution apporte en fait plus de questions que de réponses et déplace les problèmes au lieu de les résoudre.

La détermination de la loi applicable aux contrats relatifs au droit d'auteur n'est pas réglée de manière satisfaisante par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles dont les critères de rattachement sont inadaptés à ce type de contrats. De plus, le champ de compétence de la loi du contrat gagnerait à être précisé. Gageons à cet égard que les discussions actuellement en cours au sein de la Commission européenne sur une révision de cet outil conventionnel permettront de dégager des solutions adéquates.

En matière de conflit de lois relatifs au droit d'auteur aussi, Internet semble, à première vue, être porteur de toutes les difficultés dénoncées. Toutefois, ici encore, Internet ne soulève aucune question nouvelle mais fait plutôt office de miroir grossissant, marquant de manière très forte le contraste entre la facilité, presque déconcertante, à introduire un contenu dans le cadre d'une diffusion planétaire et la multiplicité des problèmes inhérents à toute exploitation à cette échelle. Dans le contexte de l'application de la *lex loci protectionis* à Internet, s'est posée la question de la localisation de l'acte de transmission numérique. Comme nous l'avons exposé, la thèse du (des) pays de réception nous semble plus appropriée que celle du pays d'émission, d'une part parce qu'il est difficilement contestable que la diffusion via Internet correspond à une exploitation dans chacun des pays de réception et,

¹¹⁹ Ce qui amène certains auteurs à remettre en doute l'existence même d'une règle de conflit de lois (à propos de l'article 5.2 de la Convention de Berne) : lire M. VAN EECHOU, Observations sous President van de Arrondissementsrechtbank te Dordrecht, 8 septembre 1998, *AMI*, 1999, p. 11. *Contra*, cf. J. GINSBURG, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques*, op. cit., p. 35 (l'auteur relevant que la disposition précitée « a toute l'apparence d'une règle de compétence législative »).

¹²⁰ Lire notamment A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, op. cit. p.4 (considérant que pareille pratique relève d'une conception nationaliste étriquée qui nous ramène à l'époque féodale).

d'autre part, en raison des difficultés techniques de localisation du point d'émission d'une transmission numérique.

Outre les difficultés techniques de localisation géographique des sites web, se posent de réels problèmes d'identification des auteurs de ces contenus. Aussi, la tentation est grande pour les titulaires de droit d'auteur de s'adresser aux intermédiaires techniques (hébergeurs principalement), plus facilement localisables et identifiables. Les titulaires de droit d'auteur estiment ainsi que la détermination de règles adéquates et cohérentes en matière de responsabilité des prestataires techniques constitue « *un élément indispensable à l'exercice effectif des droits* »¹²¹. La récente affaire *Skynet*¹²² constitue un bon exemple de ce glissement. L'IFPI¹²³ et la société Polygram ont assigné et obtenu la condamnation du fournisseur d'accès *Skynet* qui avait refusé de supprimer des pages web qu'il hébergeait et contenant des hyperliens vers des sites mettant à disposition du public des fichiers MP3 illicites. L'action n'était pas motivée sur une violation du droit d'auteur mais sur le caractère illicite du comportement de *Skynet*, qui aurait refusé de collaborer avec l'IFPI¹²⁴.

Compte tenu des difficultés liées à l'application de la *lex loci protectionis* dans le contexte d'Internet et des problèmes inhérents à la mise en cause de la responsabilité des prestataires de services, une vaste réflexion sur la réforme des règles de conflit de lois existant en matière de droit d'auteur a naturellement vu le jour et différentes solutions alternatives ont été proposées.

Ainsi, certains préconisent d'étendre la compétence de la loi du pays d'origine¹²⁵. Cette solution ne nous semble toutefois pas judicieuse, notamment en raison des difficultés inhérentes à l'application cumulative de plusieurs lois aux logiques parfois divergentes. En outre, le renvoi à la loi du pays d'origine fait peser sur les utilisateurs finaux des œuvres des contraintes dont la charge devrait selon nous être supportée par les exploitants. En effet, il nous paraît logique que, en l'absence d'harmonisation des règles du droit d'auteur, un exploitant souhaitant exploiter une œuvre à l'échelle mondiale doive prendre en considération les différentes lois des pays dans lesquels cette exploitation se réalise. Si l'exploitation à un niveau mondial, permise par l'utilisation du réseau Internet, offre d'alléchantes perspectives de recettes nouvelles, elle requiert également un plus grand investissement de la part des exploitants. C'est peut-être le mythe de l'exploitation mondiale « sans effort » qui va s'effondrer...

De surcroît, le renvoi à la loi du pays d'origine pose un problème particulier en matière pénale. En effet, le principe de territorialité des lois pénales pourrait mettre en échec les mécanismes (civils) de conflit de lois. M. BERGE objecte que l'établissement de l'infraction

¹²¹ Communication de la Commission européenne : *Suivi du livre vert « Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information »*, op. cit., p. 25.

¹²² Com. Bruxelles (cessation), 2 novembre 1999, *A&M*, 1999/4, p.474.

¹²³ Association professionnelle des producteurs de phonogrammes.

¹²⁴ Si l'analyse de cette décision sort de l'objet de la présente étude, on peut cependant regretter que le Tribunal ait négligé la question du caractère licite (ou non) de l'insertion d'hyperliens vers un site au contenu illicite. En effet, *Skynet* ne pouvait compromettre la bonne exécution de ses obligations contractuelles vis-à-vis de ses clients si le caractère illicite de l'activité reprochée aux dits clients n'était pas préalablement établi par l'IFPI.

¹²⁵ Cf. notamment J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques : le point de vue d'un juriste français*, op. cit., pp. 59 et suivantes.

pénale repose sur une condition préalable (la protection par le droit d'auteur) qui pourrait être soumise à la loi d'un pays tiers¹²⁶. Il n'empêche que l'on peut s'interroger sur la possibilité pour le législateur pénal de sanctionner une atteinte à un droit civil étranger. Il nous semble en effet que le législateur envisage de sanctionner pénalement l'atteinte au droit d'auteur en fonction de sa législation (civile) nationale sur le droit d'auteur. Ainsi, le taux de la peine et les éventuels éléments intentionnels requis seront adaptés en fonction du degré de protection de la loi civile sur le droit d'auteur dont l'infraction pénale est censée garantir le respect par effet dissuasif. Il serait par exemple choquant que le juge pénal sanctionne une atteinte au droit d'auteur dans l'hypothèse d'une création jugée protégeable selon le droit civil étranger alors que cette création ne le serait pas selon le droit civil du for car c'est seulement ce dernier droit que le législateur pénal a pris en considération.

Par ailleurs, dans le contexte particulier d'Internet, il convient de ne pas perdre de vue les difficultés techniques de localisation de l'origine d'une transmission numérique.

Enfin, la prévisibilité apparente qu'apporte le renvoi à la loi du pays d'origine à l'exploitant d'une œuvre est susceptible d'être remise en question par les mécanismes des lois de police et de l'exception d'ordre public international.

Des critères de rattachements de type personnaliste ont également été proposés (domicile de l'auteur par exemple), mais il posent trop de problèmes du point de vue de la prévisibilité.

La compétence générale de la loi du pays de protection nous semble donc la solution la plus appropriée. Un bouleversement du système de règlement des conflits de lois par une remise en cause de la compétence de la loi du pays de protection ne serait pas opportun. Par contre, il pourrait être utile de reformuler les règles de conflit de lois existantes afin de lever certaines équivoques. Une harmonisation plus poussée de la protection internationale du droit d'auteur est d'autre part vivement souhaitable. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur¹²⁷ constitue un pas dans la bonne direction. Le projet de directive européenne sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur dans la société de l'information¹²⁸ va également dans ce sens. Aucun de ces textes n'aborde cependant la détermination de la loi applicable au droit d'auteur, ce qui est assez révélateur du caractère délicat de la question. La proposition de directive européenne relative à certains aspects du commerce électronique ne comporte pas davantage de nouvelle règle de droit international privé. Ainsi, c'est à tort que l'article 3.1. de la proposition modifiée de directive sur le commerce électronique¹²⁹ avait été parfois interprété comme une règle de conflit de lois dans la mesure où le 7^e considérant précisait clairement que « *la présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles spécifiques de droit international privé relatives aux conflits de lois et de juridictions et ne se*

¹²⁶ *Ibidem*, n. 91.

¹²⁷ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 20 décembre 1996, texte disponible sur le site de l'OMPI : <http://www.wipo.org>. Le Traité n'est pas encore en vigueur (14 ratifications sur les 30 requises par l'article 20).

¹²⁸ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 21 mai 1999, texte notamment disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/intprop/copy2fr.pdf.

¹²⁹ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, 1^{er} septembre 1999, texte disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/electcomm/com427fr.pdf. L'article 3.1. de cette proposition disposait que : « *Chaque Etat membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné de la présente directive* ».

substitue pas aux conventions internationales y afférentes ». D'autre part, en ce qui concerne plus particulièrement l'objet de notre étude, l'annexe II, listant les domaines pour lesquels les dispositions de l'article 3 ne s'appliquaient pas, comprenait le droit d'auteur.

Afin de lever toute ambiguïté, la position commune arrêtée par le Conseil¹³⁰ dispose, en son article 1.4. (nouveau), que « *la présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions* ». En outre, son 23^e considérant précise que « *la présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de lois ni de traiter de la compétence des tribunaux* ». L'annexe maintient enfin l'exclusion de la matière du droit d'auteur du champ d'application de l'article 3. Le texte de la Position commune a finalement été adopté par le Parlement européen le 4 mai 2000, à l'unanimité et sans aucun amendement.

Si l'obligation de prise en compte d'un grand nombre de lois constitue incontestablement un problème pratique, il s'agit là d'un corollaire du choix de l'exploitation d'une œuvre au niveau mondial. L'exploitant ne peut faire l'économie des recherches nécessaires à cette fin. De ce point de vue et comme nous l'avons exposé, le recours à des règles de conflit de lois reportant sur les utilisateurs finaux des œuvres les aléas inhérents à ce type d'exploitation n'est pas une solution satisfaisante. La technique pourrait permettre d'atténuer quelque peu les inconvénients pratiques de l'application de la *lex loci protectionis*. Ainsi, la portée mondiale d'Internet devrait être mise à profit pour favoriser une plus grande diffusion du contenu des différents droits nationaux en matière de droit d'auteur. Il serait dès lors possible d'assurer une plus grande prévisibilité des différentes solutions juridiques nationales par rapport à un même acte d'exploitation.

Alexandre Cruquenaire.

*Chercheur au Centre de Recherches Informatique et Droit,
Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur*

¹³⁰ Position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, 28 février 2000, texte disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/elecomm/composfr.pdf.